

担保物権に於ける目的物の特定性と云う觀念

— 商品と企業の担保を中心に —

Das Spezialitätsprinzip des Gegenstandes im Pfandrecht.

法学研究科民事法学専攻
修士課程2年

坂 口 光 男

目 次

第 1 章 序 論

1. 問題と本稿の目的
2. 民法の担保物権

第 2 章 特別法の生成

1. ドイツ，フランス，スイスの制度
2. 有体物主義と財団抵当の欠陥

第 3 章 判例，学説，立法の努力

1. 判 例 の 紹 介
2. 集合物の担保と学説
3. 目的物の二面の作用の同時的実現

第 4 章 結 論

1. 物権の客体
有体性，特定性
2. 集合物理論の発展
3. 企業中心の理論の発展

第 1 章 序 論

1. 問題と本稿の目的
2. 民法の担保物権

経済取引の発展は従来の法律概念を不断に変更させ、新たな法律理論 (neue Theorie) と法律体系の形成を要求する。⁽¹⁾ 法律の各規定がその論理体系に於いて当然なりとされていた事が決して然らざるものである事は、法律制度の社会的作用 (soziale Funktion) を詳細に吟味して行く中でよく知る所である。こうした傾向は担保物権法に於いて特に著しいように思われる。

それは最近、我国で劃期的にも、内容の変更する集合物 (Sachinbegriff.) の上の譲渡担保が民法理論とは別個に、判例で認められたかと思えば、他方ではそれに次いで財団抵当制度に反して企業担保法が立法化された事からも明瞭に知られる。担保物権が資本主義経済組織を促し、その死命を制するとされる理由が、ここにも現われている。

民法は信用授受に基く担保物権として質権と抵当権を規定する (民法第 342 条, 第 369 条以下)。質権は質物の占有を質権者に移転する事により効力を生じ (日民 344 条, 独民 1205 条, 仏民 2076 条) その継続占有をもって質権の存続要件, 対抗要件となすのであるが、民法の規定は、その目的物が、生産用具, 原料, 加工材料, 商品 (Waren) 等, 債務者にとって占有を必要とする場合には無理である。従って質権の規定は生産信用には適合せず、僅かに消費信用に適用を見るにすぎない。

抵当権 (Hypothek. hypothèque.) は目的物の占有を債務者が有し、その使用収益権をもっているもので、企業経営存続の状態で債務を決済できる。従って生産資本調達のための物的信用として最も完成した担保権である。しかし抵当権によって資金を得られるのは不動産、不動産物権 (民 369 条) と特別法上の財団の所有者に限られる。⁽²⁾ 然らばこの抵当制度を利用できる財産をもたない者、とくに中小商工業者の生産資金は如何にして得られるのであろうか。質権に訴えては債務者は破滅に陥り、債権者にも不利となる。結局、⁽³⁾ 債務者、債権者、共に傷がつく。ここに於いて民法理論は他の新たな体系にその地位を譲らねばならない。

ドイツ、我国で、担保物権に関する問題で常に引き合いに出されたのは、中小商工業者の手元にある、増減変更する商品 (Warenlager) の一括譲渡担保 (Sicherungsübereignung) の有効性についてであった。然らば内容の変更する商品を一括して譲渡担保とする法律構成は現行民法体系の下では決して認められないのであろうか。民法の既成概念に反する新たな法律理論の構成は無視されるべきものであろうか。特にこの問題を明らかにする事によって、我々は新たに企業中心の理論を構成し、その理論の現行法体系に占める位置を明らかにしようと思われる。

言うまでもなく、現行各国の民法は物権の客体を有体物 (körperlich, corporel) に限定し (日民 85 条独民 90 条), ⁽⁴⁾ しかもその特定性, 公示性を厳格に貫いている。商品の一括譲渡担保が学説, 判例の大きな論争となったのも、結局民法のとっている特定主義, 公示主義の原則を如何に実現するか、との関連に於いてである。⁽⁵⁾ 蓋し商人の倉庫をその経営途上において絶えず出たり入ったりする商品は決してある一定のものとして特定されない。従ってその上に公示原則も実現できないからである。

此の問題は物的施設、権利、権利関係、事実関係をもって構成される企業組織の一括担保の場合には困難⁽⁶⁾は更に大きい。しかし経済界の必要はその困難の克服にちゅうちょしない。即ち、前者については判例は劃期的にもその有効性をみとめ、又後者の企業担保については既に立法化されている。⁽⁷⁾かくして民法の⁽⁸⁾体系の退いた後に新たな担保理論が生成発展している。従って担保物権に於ける目的物の特定性を明らかにする事により、我々は民法の分析的理論が如何に変遷しているか、を研究し、更に担保物権理論の今後の動きを解明する事ができるのではなかろうか、と思うのである。

この意図の下に私は本稿では前述の判例と企業担保を中心として研究を進めて行きたい。

- 1) 我妻、近代法に於ける債権の優越的地位 209 頁以下。Hedemann, Sachenrecht. S. 376. 378. 参照
- 2) 明治38年以後我国に工場財団抵当をはじめとして各種の財団抵当制度がみとめられている。その後も財団抵当と動産抵当の進出がはげしい。
- 3) 金融業者、特に銀行と生産者の機能が分離した現代では金融業者は担保物の占有を取得してその収益、管理する事は決してしない。Hedemann, a. a. O. S. 376ff. Karl-Hermann, Sachenrecht. S. 131ff. 鈴木竹雄、担保、保証 3～4 頁参照。
- 4) 仏民法は物権の容体を有体物に限らない。もっとも仏の学者は物権、債権の峻別でさえ現在では余り意味がない、と論じているようである。Léon julliot de la Morandière, droit civil et institutions. p. 36～37
- 5) その詳細な紹介として、我妻、集合動産の譲渡担保に関するエルトマンの提案、(動産抵当制度所収)。Hedemann, a. a. O. S. 376ff. 381ff
- 6) 第3章、第4章に詳細する。
- 7) 昭和30年12月6日。大阪地裁判決(民集2559頁)。又、将来に発生する売掛金債権の担保につき、昭和32年3月19日。東京地裁判決(民集512頁)参照。
- 8) 昭和33年4月30日 法律第106号。

第2章 特別法の生成

1. ドイツ、フランス、スイスの制度
2. 有体物主義と財団抵当の欠陥

各国に於いて中小商工業者の信用手段としての担保問題に関して常に引き合いに出されたのはその營業の裡にある商品を個々のではなく(als Einzelheit)、一括した統一⁽¹⁾体としての(als Gesamtheit)譲渡担保が有効であるか否かについてであった。勿論判例上、個々物の譲渡担保が認められている現在、債務者は目的物を個々に担保に供する事によってもある程度目的を達せられるのであるが、それでは手続の煩瑣をきたし総体として有する商品の担保価値を破壊する。しかもその事は数多の商品を担保化せんとする当事者の意思にも反するであろう。

思うに中小商工業者の財産を構成している物は、僅かの店舗、機械、器具、原料、加工材料と、その結果生産された商品が主たるものである。しかも現在では商人の營業の基礎となっている土地、建物、店舗も他人から賃借している場合が多い。従って若し商人がその有する財産を担保として資金を得んとする場合、商品は最も好都合である。この商品を一括して担保に供し資金を得んとする法的手段として譲渡担保が選ばれる。しかし内容の変更する商品の譲渡担保は如何なる意味に於いても民法の既成概念の下ではみとめられない、とするのが正統派法律学の立場である。ドイツの取引界の大きな要望に押されて何度か立

法化の気運がみられたのであるが、その法律構成の困難性と民法理論との関連に於いて否定され、未だ立
(2)
法化されておらない。

ドイツの判例も、ドイツ民法第 138 条の公序良俗違反、第三者保護、虚偽行為、所有権留保と譲渡担保
(3)
の衝突による危険性等を理由にして消極の立場に傾いている。蓋しドイツ民法は物の観念を個々の物の上
にだけ認め、特定性、公示性を貫くために集合物の上に権利の成立をみとめない立場を取る典型的な法典
だからである。又学説としても、民法の動産担保制度の不備を指摘し、それとあわせて債務法に規定する
(4)
(独民 445 条) 所有権留保 (Eigentumsvorbehalt) と譲渡担保について常に論究している。しかし前者に
関しては民法第 950 条の加工の規定により、又第三者の善意取得によって売主の所有権は消滅するので、
売主に取って危険きわまりない事を指摘し、そして後者に関しては民法理論に従って法律構成するは不可
(5)
能なるもその有効性をみとめるべきである、としている。ここでも内容の変更する財産を一体として権利
の客体とする事に多くの困難が生じているようである。

しかしドイツに於いて民法の厳格な態度にも拘らず、動産の集合体の上に担保権の成立を認めようとする
動きがなかった訳ではない。既に 1926 年 1 月 29 日にカイナート案が国会に提出され、翌年パウル、エル
トマンがチエコスロバキアに於ける第 3 回独逸法曹大会で集合物の担保制度を提案し、更に 1937 年には動
産と債権の信用担保に関する草案が提出されたのである。その具体的内容は本稿では紹介できないが、要
約すると、両草案とも内容の変更する動産を 目録に記載せしめ、これを届出でる事によって登録質を認
(6)
めんとするものである。即ち動産を登録簿に記入せしめる事によって公示し、譲渡担保にともなう弊害
を防止し質権理論で取り扱わんとするものであり此の態度は学者、草案を通じて一貫している。⁽⁷⁾これによ
って譲渡担保は否定されている。⁽⁸⁾エルトマンも譲渡担保は禁すべき、としている。ここでも民法理論が大
きな障害になっているように思われる。スイスに於いても家畜の質入をみとめているだけである (第 885
条)。

思うに内容の変更する動産、無体財産の上に担保権の成立を認める事の有効性に関して最も早くから立
法的解決をなしたのはフランスである。フランスではすでに 1898 年 3 月 1 日法により fonds de commerce
が民法第 2075 条 2 項に認められ、それが更に 1909 年 3 月 17 日法の制定によって廃止され、営業財産を一体
として売買、担保に供する方法がみとめられている、(Loi de la vente et au nantissement des fonds
de commerce)。仏民法は法律上の物を有体物に限定せず、あくまでも物の観念を経済的な一体性に於い
て把握している事が、fonds de commerce を認めるのに困難が生じなかったのではないと思われる。
もっともこの、fonds de commerce なるものは無体物を中心として構成されているので、1909 年法に於
(9)
いて、不動産、商品を除外している。

我国でも日露戦争後、外資導入の必要に迫られて明治 38 年以後、各種の財団抵当制度があいついで認め
られた。しかしこの財団抵当制度では企業の裡に包含される構成要素は僅かに物的施設と無体財産権、地
上権、賃貸人の承諾のある債権である (工場抵当法第 11 条)。これは企業組織が比較的小規模の場合には
不便とはならないが、現代のように大規模で複雑な企業上の担保権としては時代おくれの感がする。

のみならず財団抵当制度では、担保物件をすべて財団目録に記載しなければならない。

特定主義と公示主義の下では当然なるも、いちいち担保物件を目録に記載せしめ変更する度にその記載内容をも変更せねばいけない事は、手続の煩雑をきたし、多額の費用を要するため不便な事である。云うまでもなく、企業を構成する機械、器具は、その滅失、毀損によって新たな物に取り代えられなければならない。蓋し企業経営の途中でこわれたり古くなったりするからである。これは動く企業にとっては避けられない。そしてこの場合にも財団抵当では、いちいちその目録の記載を変更せねばいけない。

誠にやっかいな事である。その上後述の如く、財団抵当制度では、その存続においても、実行の段階に於いても企業を全[・]一[・]体として包括的に把握するものではない。換言すれば財団抵当制度の最大の欠陥は、手続の煩瑣と費用のぼう大な事、企業の中に含まれる権利、権利関係、事実関係を十分に把握できない事、そして担保権の実行段階で、統一[・]体としての企業の一括処分が法的に認められていない事である。この問題も後述する。

勿論財団抵当に於いて特定主義と公示主義を取る事により、担保の目的物を確実に担保権者の支配圏におく事は担保権の効力が強化されるであろう。とくに厳格な公示主義を貫く事によって、目的物が第三者に移って行く危険性から債権者は救われる。しかしその事は、動く企業の包括的担保を不可能にする。その結果、担保権者もついに是不利な立場に立つ事になる。

しかし一步ふり返って見るに、個々の物の上の個々の譲渡担保は勿論、財団抵当に於いても担保的機能は十分に果たしえない、としてその修正又は改造を主張するも、その後に如何なる体系をもってその空席をうめ合わせるべきであろうか。営業財産の上に質権を認めるフランスの *fonds de commerce* に於いても商品、不動産は除外されている。ドイツの前述のカイナート案、信用担保草案にしても否決されている。しかも判例は前述の如く集合物の上の担保権に関しても消極的な傾向をとっている。この事実によるも、民法の理論の下で、新しい担保理論を承認する事が如何に法律構成の上に困難なものであるかを知るのである。しかし最近我国の判例は劃期的にも集合物の上の担保権をみとめ、又英国の *Floating charge* にならって財団抵当とははるかに内容の異なる企業担保権を立法化した。勿論この事実が民法理論を否定した別個の新しいものであるか否かの論争は後述する。しかし判例と立法のこうした推移の中に、担保権の大きな変遷をみるのである。次に具体的に考さつしよう。

- 1) 我国では前掲の判例が、判例の上においてはじめてのようである。第一章注7) 参照。
- 2) すでに今世紀に入って1926年1月29日に、Kainath を代表者とする登録質に関する法案 *Entwurf eines Gesetzes betreffend Einführung des Registerpfandrechts*。1937年に Heinrich Lehmann による信用担保法案など。その紹介として後述の注6) 参照。
- 3) Hedemann, a. a. O. S. 384ff に判例の紹介がある。長谷部茂吉、集合物の譲渡担保をめぐる問題（金融法務事情96号）。
- 4) ドイツ民法第950条の加工の規定が強行規定なりや否やについて、Hedemann, a. a. O. S. 147ff. 380ff. Karl-Hermann, a. a. O. S. 130~131。我妻、近代法の債権、160頁以下。石田、民法研究（I）参照
- 5) Hedemann, a. a. O. S. 384
- 6) カイナート案につき寺田治郎、法協第55巻1号。信用担保法案につき長谷部茂吉、法協第57巻5号参照。
- 7) カイナート案第18条。信用法案第1条。
- 8) Paul Oertmann の提案も譲渡担保を禁じて登録質にすべきものとする。我妻、動産抵当制度48~49頁。その批判として同57~60頁。

9) fonds de commerce につき福井勇二郎，仏法に於ける営業質について，法協第51巻，2号，3号。

また fonds de commerce は本質的構成部分と非本質的構成部分にわけられる。

第 3 章 判例，学説，立法の努力

1. 判例の紹介
2. 集合物の担保と学説
3. 目的物の二面の同時的実現

昭和30年12月6日，大阪地裁は，民法理論と離れて増減変更する商品の上の譲渡担保権を認めた。その承認するに至った根拠を概観しよう。

債務者Yは，自己の債務の担保として，債権者Xに，在庫商品を一括して所有権移転した。しかしYはそれを再び譲渡担保として借り受け占有し，通常の営業取引に従ってその利用権，処分権を取得する。Yがその商品を販売した場合には販売代金中より右商品の時価相当額の一割を在庫商品の利用の対価としてXに支払う。Yの処分により商品が減量した場合には，在庫商品の価額が本契約締結の当初の価格に相当するまでYの新たな商品で補充する。かくして担保権の実行に於いて，Yは目的物の特定性のない事を理由として争う。

この様な譲渡担保の有効性に対する従来の立場として全面的に否定するものがある。その立場によると，構成物の増減変更する在庫商品を一括して担保の目的で移転したにもかかわらず，所有権が依然として債務者にあるかの如き取り扱われ，従って債務者が目的物の処分権を有するのは如何なる理由によるか，何故，第三者はその所有権を取得するかについて論理的に矛盾する。しかも新たに入り来る数多の商品が譲渡担保の拘束の下に立つのは，如何なる法律上の根拠によって可能となるかが十分に説明されない事を理由とする。そしてかくの如き担保権を否定するのである。この立場に対して判例は，「出来る限りの財貨を担保化して多くの信用を得んとする現代の経済界の必要の前に目を蔽い，特に法律上認められた担保方法を利用しうる財産を有しない中小商工業者の金融の便を妨げ……営業用動産を利用する方法による低利金融の道を塞ぎ，対人信用を基礎とする高利金融の彼岸に走らせる結果となる」として第一の立場を全面的に否定している。これに対して第二の立場とも言うべき商品の譲渡担保を認める肯定説の中にも擬制説とも言うべきものと民法の既成の理論を修正して集合物理論を別個に構成せんとした立場がある。前者はエルトマンの主張した所である。その主張によると，目的物が集合体を離れて行く関係を解除条件的に説明せんとするものであり，債務者が目的物を集合体から分離して第三者に譲渡する事によって解除条件が成就し担保権の拘束を脱するとするものである。法理論的にも巧妙なるも，この立場によると予めの占有改定（antizipiertes Besitzkonstitut）を禁ずるドイツ民法（独民 929 条以下）との関係に於いて，新たに入り来る商品に担保権は及ばない事になる。蓋しドイツ民法は動産所有権に合意と引渡が要求され，動産物権に引渡主義の立場を取っているので，予めの合意で所有権を移転し得ないからである。そして判例は此の立場（擬制説）に対して，「この立場は法律理論としては極めて精緻なものではあるが，変

のような集合物はその構成部分を離れた全体として有する独立の経済的価値を認められ、又法律上の排他的支配の可能を以って物権の本質と見得る限り、これを一体としてみとめ、所有権とくに担保権のために譲渡の対象となしう事が法律の目的に適合しこれをみとめる事により公示の原則は破られない」、としている。

かくして判例は民法の明確な理論構成に反して社会的要求の前に形成的作用をなしたのである。勿論判例が数個の物の所有権が一体として移転する事、債務者の目的物の処分に從ってその物が担保の拘束をなれる事、新たに入り来る物に対する担保権による拘束に関して、取っている理論は必ずしも明瞭ではないように思われる。この理論を明確にしたのは我妻教授である。⁽³⁾

我妻教授は、債務者と債権者との間の利用関係に求め、一括して譲渡した商品を再び債務者が占有し、使用、処分する法律関係を利用関係に求めておられる。即ち、「取引関係は独自の価値あるものを独立の一体と見る。集合物はその内容の変更するにも拘らず、一つの統一体として同一性をみとめられる。従ってこの統一体の上に利用権を設定する法律関係も又認められる。即ち利用者は集合動産をその経済目的に從って利用し、個々の物を処分するとともに、新たなものをもって補充する。集合物から離脱するものが集合体の所有権の内容たる事から離脱し、集合物に加えられるものが、集合体の所有権の内容に加わる事は、その所有権が集合物と云う統一体の上の支配権なる事の当然の帰結である。」とされる。

即ち、我妻教授は、債権者と債務者との間の法律関係を、集合体上の「利用関係」に求め、集合物の利用関係においては、集合物としての所有権は債権者のもとにとどまり、処分される関係における個々の物の所有権は債務者に移転すると云う両面の中間的関係を生ずるものとみるのである。故に個々の物の処分によって集合体の同一は失われない。fonds de commerce の觀念の下に集合物の一体性をつねに認めるフランスの学説は一般に、「生活の必要性は、多くの集合物を形成する。それは多くの異った財(bien)でおき換えられる。新しい財は古い財の位置を占める。この集合体の財産はそれを構成する個々の要素から独立している」⁽⁴⁾と説明して集合体に統一性を認める。そして、集合物の担保においては、目的物は一面的には担保権の拘束をうけるとともに、他面では他の権利(所有権等)の目的となって独立に取引の客体となるものであると考える。従ってこの事情の下では集合物の同一性は決して失われないのである。

然らば内容の変更する集合物に、現行法上とくに担保権の成立を認めるとしても、その集合物の特定性はどの様に行われるであろうか。言うまでもなく、担保権はその成立の瞬間に於いては、「集合物が範囲の確立せる多数の個体として特定する限り」⁽⁵⁾成立する。しかしその契約締結後、個々の物は、容易に出入りする。最初、集合体の中に包含されていた物も、離脱して、その拘束をのがれる。

担保権実行の段階に於いては、目的物は特定するも、それは契約締結当初に存していた物とは全く異なる。契約締結より実行の間まで目的物は離脱して変更し、新たなものに交代しているからである。従ってその前後を通して目的物の特定性は存在していないと言わなければいけない。故に民法の個別の理論に固執し、厳格な特定性の理論をもってしては問題は解決されない。かくして民法の理論を離れて集合物それ自身(an Sich)の概念を認め、その概念の中で特定性の問題を取り扱って然るべきではあるまいか。その結果、内容の変更する集合物の上に物権の成立を認める事により、我々は更に財団抵当制度とは

別個に、企業中心の理論を明確にできるのではなかろうか。前述の如く財団抵当制度は企業の全体的価値を完全に把握する事ができないものである。のみならず、その実行手続は、企業を由なく破壊する⁽⁶⁾ (Zerstörung) 不備なものである。この不備をうめあわせんとして立法化されたのが実に企業担保法である。

しかし集合物と企業の上の担保権は、内容の変更する構成物を一体として把握する担保権なり、としても決して同一の理論をもっては取り扱えない様に思われる。なぜならば、商品の集合体ではその集合体を構成する個々の要素は、有体物を中心とする。これに反して企業ではそれを構成する要素は商品の如く有体物に限らない。云うまでもなく、企業の中には第一に、土地、建物、生産機械、器具、商品、生産品の如く物的要素、第二に、原材料供給者、雇人、売掛代金債権、賃貸人との賃借権等の権利関係、第三に、工業所有権、特許権、商号、商標等の無体財産権、第四に、その企業に特有な技能又は名声、得意先、のれん等の事実関係を有機的に結合した組織体である。しかも企業がかくの如き物的施設、権利、権利関係、事実関係を含む有機的の一体のものであると言う事は、企業を、法律的に、如何に理論構成するか、⁽⁷⁾の企業の本質論の差異によって大差を示すものではない。かくして我々が取り扱った前述の商品の集合体は、企業を構成する要素の内、第一の物的要素の中に包含されるものである。従って企業は商品の如く物的要素だけからなり立っているのでは決してなく他に多くの有形、無形の複雑な財産権の結合体である事は直ちにわかる。しかも無形な財産権の中には当該企業と切りはなして取り扱う事が必ずしも可能でない、事実上の関係をも含んでいる。若しこの事実上の関係を当該企業から切り離して取り扱わんか、企業は勿論、その切り離された事実関係まで、ほとんど価値を減少させるであろう。従って、こうしたものの結合関係は商品の結合関係以上に緊密にして重要なものである。又、無形の利益を法律的に如何に把握し、それを如何に公示するは困難な問題である。

一物一権、有体物主義を取る民法の理論の下では企業の上に物権を認める事は、商品の集合物の上に物権を認める場合以上に困難なものとなるであろう。しかし、我々はここでも法規の各規定を詳細に考察してみると、現行民法の中にも散在的に集合物理論を認めたと思われるもののある事を知るのである。即ちドイツ民法は、使用賃貸人の法定質権に関して第 560 条に、用益賃貸借に関して第 588 条に、物上用益権に関して第 1035 条、1048 条に、そして財産権の上の用益権 Nießbrauch an einem Vermögen に関して 1085 条に、明らかに集合物の上に権利の成立を認めている。しかしその態度はなを消極的である。それに⁽⁸⁾ 関する学説の批判のある事は、本稿では説明できない。他の機会に説明したい。かくして商品の集合体と企業とは、その法律的本質論において相違するも、担保権の成立する点において大差なきものと思われる。しかし確固とした判断はできない。

1) 我妻、動産抵当制度 20頁参照。

2) 商品が、商店、工場、倉庫の中に一群となっておさめられている場合、当事者の通常の意味はそれを個々に分析するよりも一括して取り扱わんとするものであろう。判例もこの事を是認している。

3) 我妻、動産抵当制度。とくに61～65頁参照。なお長谷部茂吉、集合物の譲渡担保をめぐる問題（金融法務事情 96号）。伊藤宏、集合物の譲渡担保について（金融法務事情 116号）。

4) Léon julliot de la Morandière. droit civil et institutions. p. 37～38

5) 我妻，動産抵当制度，20頁参照。

6) 実行，換価手続を通して企業担保法の如き一体性をみとめた規定はない。川出千速，企業担保法（商事法務研究第40巻）。のみならず，工場抵当法第46条は個々の物の個別的執行をみとめている。

7) 企業の法律的，本質論について，西原寛一，企業，法哲学講座第8巻5～7頁参照。

8) Hedemann, a. a. O. S. 20. 121～122. 255～260. 344.

大陸法の観念の下では，生きた企業を包括的に担保権の客体とすること（企業担保）は不可能である。水島広雄，企業担保の本質について（商事法務研究第40巻）。

第 4 章 結 論

1. 物権の客体

有体性，特定性

2. 集合物理論の発展

3. 企業中心の理論の発展

前章まで，その企業経営の途上において絶え間なく増減変更する商品の上の担保権が判例によって認められ，そして又内容の異なる幾多の要素を結合して構成されている企業の上の担保権が我民法とは別個の理論の下に立法化された事を概観し，その具体的考察を多少行つて来た。この二個の事實は，我々が法律制度の社会的作用 (Soziale Funktion) を研究するに当って一体何を示唆するであろうか。換言すれば，我々が，民法の担保物権法の研究において，民法の物権法の原則が担保物権法にも適用される，と従来考えていた事に対してなんらかの変化を与えはしなかったであろうか。物権法の有体物主義と特定主義は，商品，企業の上の担保権にも当然に通有する概念であろうか。この関係を明らかにする事によって我々は更に担保物権の理論を別の角度から構築できるように思われる。

勿論，これらの原則は担保物権法の研究に当っても決して無視できないであろう。

何故なら，担保物権は経済組織の発達につれて急速に発展し，民法の固有の領域を抜け出て特異な理論を形成しているとしても，それは民法理論を出発してその後に発展した結果に他ならないからである。従つてこの新たな担保物権理論は民法の物権理論，担保物権理論とは無関係であり，従つて民法理論を無視してもこの新たな担保物権の研究にはなんら支障をきたさない，と言う立場を取る事は許されないであろう。

しかしかく段階にまで発展して来た担保物権を従来の民法理論で取り扱う事には，理論的にも實際的にも少なからざる摩擦と疑問が生ずるように思われる。特に物の観念を有体物に限り（日民85条，独民90条）(Körperlich corporel)，物を個々的に分解して把握する民法理論の下では，商品の上に担保権の成立を認める事は少なくとも許されない。いわんや企業担保権の如き，内容の異なる権利関係，事実関係の結合体の上に担保権を認めるには大きな論争が生じるであろう。経済的な必要性の大なるにも拘らず未だその立法化がなされていない，前述ドイツの法制を見るだけでも直ちに理解せられる。従つてこの新たな担保権の承認には相当の困難が予想される。現に我国にも企業担保法の立法化に当って大きな論争のあった事は後に述べる。

しかしこの企業担保法が理論的にみて民法理論の下で新たなものか否か、民法の理論を否定して後に認められたものであるか否かについては争いがある。⁽¹⁾民法理論になら反するものではないとする立場は、「民法はすでに一般の総財産の上の担保権として一般の先取特権を（第 306 条～310 条）、みとめている事。そして企業を一体としてその上に担保権を設定して担保価値を把握せんとする思想はすでに各種の財団⁽²⁾抵当に於いて実現せられている」、事の二点を理由とする。しかしこの論者の後者の見解は、既にのべたので、⁽³⁾ここでは前者について多少触れたい。

民法は流動する有形、無形の総財産の上に担保権の成立する事を認めている。しかしそれは企業担保権が総財産の上に担保権の成立するのとは実質的には異っていると思われる。元来民法の一般の先取特権なるものはある特殊の、しかも法律的に保護する価値ありとされた債権を保護せんがために、便宜的に総財産の上に担保権の効力を拡大したにすぎないものであり、債権者が債権の弁済を受ける可能性のある限り、なにも総財産と云う観念をもち出す必要はなく、個々の財産上に、しかも総財産を解体した個々の物の上に認めて良いのである。故に一般の先取特権において認められている総財産なるものは単に便宜的なものにすぎない。⁽⁴⁾従ってその総財産は担保権の実行においてその解体を防止する法規を予定していない。これに反して企業担保法においては担保権がその成立、存続、実行の段階で総財産を一体として把握する事は必然であり、それを個々の要素に分解する事はこの担保権と企業を無価値にする。一体性を認めるか否かは企業の存立を左右するものである。⁽⁵⁾故に民法の立場とは異なる理念に立っているのではなかろうか。こうした一例からも、総財産の把握に対する民法と企業担保法との間には大きな差があると考えられる。その他詳細な説明はここではなしえない。集合物の上の譲渡担保と言い、企業担保法と云い、やはり民法理論とは異なる理論の上に新たな構成されたものである、と考えて許さるべきではなかろうか。若しこうした立場が受けいられるとするならば、やはり我々は、これらの担保物権の法律的解釈に於いても民法理論の解釈とは異なる態度を要求される、と思われるのである。

しかし内容の変更する商品の上の譲渡担保が判例で認められ、又企業担保権が立法化されて確固とした法律上の地位が与えられた、としても（鳩山博士の所謂法律界の「私生子」を法律体系に「認知」したとしても）、それによって問題が悉く解決されたのでは決してない。常に新たな問題が発生している。少しく詳細に説明しよう。

商品の上の譲渡担保については、その中に第三者の権利が入っている場合、この者と担保権者との間の利害を如何に解決するか。とくに所有権留保（Eigentumsvorbehalt）の下に供給された（Lieferung）売主の所有権と担保権者との利害をどう調整するかは最も大きな問題である。所有権留保はドイツ民法の下では金融業者、特に銀行の譲渡担保権（Sicherungsübereignung）に対抗する手段として商品供給者の武器として発達したものである。⁽⁶⁾又債務者に対する他の一般債権者の権利を保護するためにフランスの fonds de commerce は商品を除外している事は前述した。ドイツの前述の草案も第三者の目的物に対する担保権者の善意取得を閉鎖している。⁽⁷⁾蓋しドイツ民法は我民法の解釈に於いて認められているような、占有改定による所有権の即時取得を禁じているからである（独民第930条、933条）。我国の前述の判例の中には、未だこの様な問題は含まれていない。占有改定に即時取得（民法 192 条）をみとめない判例は、この場合に

も、ドイツ民法と同一の解釈をなすのであろうか。

次に企業担保権の問題に移ろう。企業担保法もその制定の当初において、法律学者、銀行側、実務家との間にいろいろと大きな論争があった。⁽⁸⁾特に企業担保法の適用される会社の範囲、更にすべての会社に適用するか、それとも株式会社に限るか、その場合、一定額の資本を有するものに限るか否か、被担保債権の範囲、企業担保権の後に成立した特定担保権の取り扱い、企業担保権の補充性等に関してであった。しかし企業担保権に於いて更に大きな問題は、担保権の作用が担保の目的物の直接の支配をはなれて債務者の企業経営の支配⁽⁹⁾に変わって来たのではないかと思う。銀行がその相手方たる債務者を支配するようになるのは、資本主義経済が高度に発達した金融資本主義の時代に於いては通常の現象である。

しかし企業担保権の設定によって更にこの間の支配関係が強化され、銀行が担保として支配するのは、債務者の企業財産の直接の支配から離れて債務者の企業経営の態度⁽⁹⁾(Verhalt)に移って来たと言う事である。なぜならば、企業担保権では担保化された財産の利用、処分を債務者に許し企業経営の途中に於いてその企業財産を自由に処分できる。できなければ企業経営は成り立って行かない。又経営中新たな財産を組み入れてそれを担保の拘束におく。目的物は絶えず出入りする。債権者の担保物とされた物は債務者の自由な処分の下におかれる結果、それは極端に言えば担保的効力なきものに等しい。

しかし、こうした観念を認めてこそ、現在の企業はその正常な経営が可能になるのである。

勿論、抵当権、財団抵当に於いても、担保の目的物が特定され、それが法規の厳格な公示制度によって公示されているとは云え、若し債務者が不誠実で、担保目的物を滅失、毀損せしめるならば、結局担保権は消滅する、と言う事に於いて、債務者の人格が重視される。しかし特定主義、公示主義を概括的に行う企業担保権の下では、債務者はあらゆる面で目的物の処分権限を行使できるので、債権者の地位は、一に債務者の信義に依存しているのが常である。しかし企業担保においては、企業財産の処分は債権者には余り重要ではない。重要なのは、むしろ債務者がその企業を如何に経営し、その生じた利潤をもって債務の弁済をするか否かである。「企業経営の利潤による債務の弁済」が、担保物の支配に取って代ったのである。⁽¹⁰⁾現代の経済事情も正に此の傾向にある。担保権の実行による債務の決済には、債権者は魅力を感じない。のみならず、それでは、社会経済的にも大なる不利である。

かくして企業が正常に経営されるために、債権者は、債務者の企業経営を終始支配して (Kontrolle. control.) 正常ならしめておかなければいけない。銀行による企業支配がこれである。これによって、担保権は、その固有の物権的色彩、つまり目的物を直接に支配して、そこから優先弁済を受ける、と言う内容は、転じて債務者の企業経営の支配となる。⁽¹¹⁾「債務者の目的物の処分行為が信義になっているか、企業経営の才能が債務者にあるか、誠意をもって経営に当たっているか、収めた利潤で債務を弁済する意思があるか」。そのコントロールに債権者は、目を光らせるのである。

かくして、担保物権は企業担保権において極めて物権的色彩を弱める事になるのではなからうか。勿論、これは民法の担保物権法の予想しない所であるかも知れない。

時のもつ社会的、経済的必要性 (Notwendigkeit.) が不断に、法律制度を変遷させて行くのであろう。

- 1) なお民法理論と別途を行くものではないとする立場も存する。
 なお、文献として安原米四郎、企業担保法は進歩的か（法律時報26巻10号）。小林栄二郎、一物一権主義から包括担保（商事法務研究第40巻）。我妻、動産抵当制度。高橋勝好、銀行取引の法律問題 324～335頁。
- 2) 柚木馨、担保物権法381～384頁。なお教授は企業担保法について極めて消極的、否定的立場を取っておれ、とくに財団抵当制度のある現在、その他に企業担保法をみとめる事はほとんど無用であるかの如き見解を述べておられる。しかし詳細はここでは述べられないが、これに対して水島広雄、前掲書参照。
- 3) 第3章、参照。
- 4) 我民法の立法者は、「一般の先取特権はその性質に於いて物権に非ず、債権の特殊の効力なれば、集合物の觀念によらずして説明し得可き、」としている。平野義太郎、民法におけるローマ思想、ゲルマン思想、148～149頁。傍点坂口。
- 5) 企業担保法の大部分の規定は実行手続、換価手続を定めたものであり、その趣旨とする所は、企業の一体性の分解を防止せんとする所にある。企業担保法第2章、第1節、第2節、第3節、第4節参照
- 6) Hedemann. a. a. O. S. 374～381. Karl-Hermann. a. a. O. S. 126～134. 136～137
- 7) 但し我妻米、動産抵当制度 113頁の第四条参照。
- 8) 詳細な説明として、小林栄二郎、前掲。川出千速、前掲参照。
- 9) 財団抵当では目的物件の処分に債権者の同意を要する。例、工場抵当法第15条Ⅰ項。但し同法第6条Ⅲ項。工場内の機械が古くなり、経営の用に使用できなくなった場合には、その処分と新たな機械の購入に勿論、債権者は同意するであろう。のみならず一歩進めれば、その新陳代謝を激しくしなければならぬ工場では、債権者は予め、その同意を与えておくのではなからうか。蓋しいちいち個別に同意を与えなければいけないと云うのでは面倒で仕方ないからである。しかしそれは私の推測にすぎないのであるが。
- 10) 鈴木竹雄、担保、保証、3頁以下参照。
- 11) なお物的担保のかく推移について別の角度から論じている立場として我妻、近代法の債権 135～137頁参照。

主要参考文献

- | | |
|--------------------------------|--|
| 小出 康二 | 物権法、担保物権法 |
| 我妻 栄 | 近代法に於ける債権の優越的地位。集合動産の譲渡担保に関するエルトマンの提案。独逸に於ける小作財団の上の登録質制度の創設（以上、動産抵当制度所収） |
| 石田文次郎 | 担保物権法論上、下、特別担保法 |
| 柚木 馨 | 担保物権法 |
| 中川善之助 | 民法演習判例集（担保物権編） |
| 福井勇二郎 | 1909年3月17日の仏国営業財産法について（法協、第55巻6.7号） |
| 水島 広雄 | 企業担保の本質について（商事法務研究第40巻） |
| 小林栄二郎 | 我国企業法に於ける抵当制度の変遷（商事法務研究第40巻） |
| 高橋 勝好 | 銀行取引の法律問題 |
| 長谷部茂吉 | ドイツの信用担保法草案（法協第57巻5号）。集合物の譲渡担保をめぐる問題（金融法務事情第96号）。 |
| 松本 丞治 | 売渡抵当及動産抵当論（私法論文集 第2巻） |
| 伊藤 宏 | 集合物の譲渡担保について、（金融法務事情 第116号） |
| 高島 平蔵 | 集合物担保と特定の原則（ジュリスト、学説展望300号） |
| 安原米四郎 | 企業担保法は進歩的か（法律時報26巻10号） |
| 平野義太郎 | 民法に於けるローマ思想、ゲルマン思想 |
| ド イ ツ 書 | |
| Justus Wilhelm Hedemann. | Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1960 |
| Karl-Hermann Capelle. | Bürgerliches Recht. Sachenrecht 1963 |
| Gustav Boehmer. | Einführung in das Bürgerlichrecht. Tübingen 1954 |
| フ ラ ン ス 書 | |
| Léon julliot de la Morandière. | droit civil et institutions. Tom I. Paris 1956 |